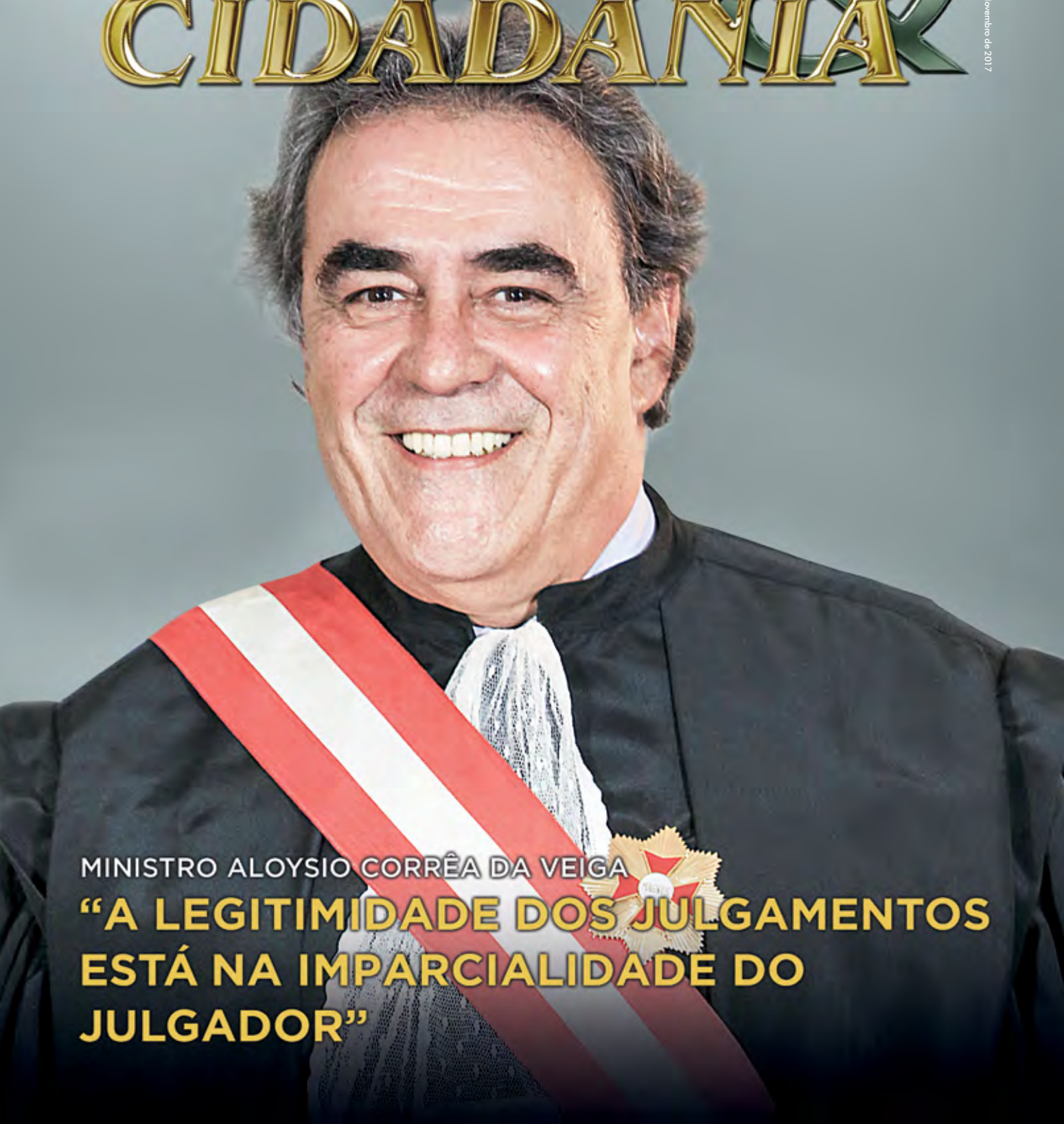


JUSTIÇA & CIDADANIA®

ISSN 1807-779X | Edição 207 - Novembro de 2017



MINISTRO ALOYSIO CORRÊA DA VEIGA

**“A LEGITIMIDADE DOS JULGAMENTOS
ESTÁ NA IMPARCIALIDADE DO
JULGADOR”**

REFORMA TRABALHISTA: MERA ADEQUAÇÃO À REALIDADE SOCIAL

Recuperação judicial de empresas

As novas teorias da divisão equilibrada de ônus e da superação do dualismo pendular

Daniel Carnio Costa | Juiz de Direito TJSP



1 - Os sistemas jurídicos de insolvência empresarial.

Observando-se de forma bastante ampla os sistemas de insolvência, e tendo em conta suas linhas gerais, constata-se que até o final do século passado existiam basicamente dois modelos de insolvência: o modelo de inspiração romano-germânica e o modelo de inspiração anglo-saxã. Nos modelos de inspiração romanística, o foco da recuperação de empresas está mais orientado para a tutela dos interesses do devedor, ao passo que nos modelos de origem anglo-saxã, o pêndulo da balança orienta-se mais para a tutela dos interesses dos credores.

Entretanto, no final do século passado, com a ampla reforma implementada pelos Estados Unidos da América, desenvolveu-se um novo modelo, com inspiração diferente dos grandes modelos até então identificados, que não privilegiava a tutela do interesse dos credores e nem dos devedores, mas baseava-se na divisão de ônus entre credores e devedor como fator preponderante para que se pudesse atingir a recuperação da empresa em função dos benefícios sociais e econômicos relevantes que daí advém, inclusive, com a possibilidade de benefícios para credores e devedor no médio ou longo prazo.

Esse modelo norte-americano irradiou sua

influência para o Brasil que editou a Lei 11.101/05 fundado nessas mesmas premissas.

Portanto, é importante destacar que o modelo de recuperação judicial brasileiro é baseado na divisão equilibrada de ônus entre devedor e credores a fim de que se possa obter os benefícios sociais e econômicos que decorrem da recuperação da empresa.

Daí que se pode, desde logo, inferir duas importantíssimas conclusões (que influenciarão a interpretação dos dispositivos legais, como se verá mais adiante): a primeira é que a empresa em recuperação deve assumir o ônus que lhe compete no procedimento agindo de forma adequada, tanto do ponto de vista processual, como também no desenvolvimento de sua atividade empresarial; a segunda, é que somente tem sentido a recuperação judicial em função da geração dos benefícios sociais e econômicos relevantes que sejam decorrentes da continuidade do desenvolvimento da atividade empresarial, como geração de empregos ou manutenção de postos de trabalho, circulação e geração de riquezas, bens e serviços e recolhimento de tributos.

2 - A crise da empresa e a intervenção estatal: âmbito de aplicação da recuperação judicial.

A crise da atividade empresarial é um fato que

pode ocorrer por diversos fatores econômicos, comerciais, pessoais ou de gestão. Todo empresário deve saber, ao fazer a decisão de desenvolver esse tipo de atividade, que poderá enfrentar situações de crise. Aliás, a capacidade de enfrentar e superar crises é um dos critérios utilizados para se aferir a própria qualidade do empresário.

Diante da crise da atividade empresarial, pode-se destacar três situações distintas: a empresa viável que consegue superar a situação de crise por suas próprias forças; a empresa inviável que vai à falência; e a empresa viável que não consegue superar a situação de crise.

Em relação à empresa viável que consegue superar sua crise por suas próprias forças, afirma-se que houve uma solução de mercado para a crise empresarial. Em regra, as empresas viáveis em crise encontram uma solução de mercado para suas dificuldades. As estruturas do livre mercado podem ser suficientes para que medidas empresariais sejam tomadas pelos administradores no sentido da superação de suas crises, desde que a atividade econômica seja viável. Nesse sentido, podem ser tentadas e implementadas, como formas de recuperação da saúde da empresa, alterações societárias, trespasse, alienação de filiais, redução de despesas com pessoal, injeção de recursos por investidores para modernização do parque industrial, etc.

Por outro lado, se a atividade empresarial é inviável e o motivo da crise da empresa vem a ser justamente a inadequação dos produtos ou serviços produzidos ou oferecidos pela empresa, a solução mais adequada para esse tipo de situação vem a ser o desaparecimento dessa empresa. É importante destacar que as empresas que não produzem produtos aceitos ou úteis para o mercado ou que prestam serviços que não tenham aceitação social ou econômica devem mesmo ser retiradas do cenário empresarial, a fim de que outra empresa ocupe o seu lugar para desenvolver atividade empresarial que seja aceita no mercado e útil social e economicamente.

Verifica-se, então, que a falência (encerramento da atividade em crise, com realização do ativo para pagamento do passivo) da empresa inviável é a solução mais adequada do ponto de vista econômico e social.

Portanto, as soluções apresentadas para essas duas primeiras situações são absolutamente adequadas. Vale dizer, a empresa viável que supera a crise pelo encontro de uma solução de mercado (pelas próprias forças do empresário) e a empresa inviável que deve mesmo falir para abrir espaço para que outra empresa desenvolva atividade relevante social e economicamente, em benefício de todos.

O problema está na terceira situação: a empresa

viável que não consegue encontrar solução de mercado para superação da crise. Nessa hipótese, se nada for feito, uma atividade viável deixará de existir, com prejuízos aos credores e também à sociedade, vez que não só os credores deixarão de receber o que lhes é devido, mas também os postos de trabalho vão desaparecer, em prejuízo dos empregados e de suas famílias, os produtos e serviços (que eram úteis e desejáveis no mercado) deixarão de existir, em prejuízo dos consumidores e os tributos deixarão de ser recolhidos, em prejuízo da sociedade em geral.

É justamente nesse momento que entra em cena a recuperação judicial. O Estado-Juiz vai atuar para criar o ambiente adequado para que a empresa viável consiga superar a situação de crise, a fim de que a manutenção de sua atividade empresarial faça gerar todos os benefícios sociais e econômicos acima já referidos, como geração de empregos, circulação de bens e riquezas, recolhimento de tributos etc.

Portanto, somente da análise dos fundamentos de existência do instituto e do seu âmbito de aplicação já se pode concluir que a recuperação judicial tem como pressuposto lógico a viabilidade da empresa, pois somente se aplica à empresas viáveis em crise, visto que seu objetivo é preservar os benefícios sociais e econômicos decorrentes do exercício saudável da atividade empresarial.

Importante notar que o Estado não deve substituir a iniciativa privada nessa função de encontrar soluções para a crise da empresa, mas apenas deve atuar para corrigir as distorções do sistema econômico. A recuperação judicial só tem lugar quando as estruturas do livre mercado falharam.

Mais importante ainda é notar que o Estado não deve agir para tentar recuperar empresas evidentemente inviáveis.

Conforme já visto, as estruturas do livre mercado condenariam empresas inviáveis à falência, para o bem do sistema econômico e para a sobrevivência saudável de outras empresas viáveis. Nesse sentido, não existe razão em se utilizar a intervenção estatal, através do processo de recuperação de empresas, para ressuscitar empresas inviáveis ou já condenadas à falência.

Se não interessa ao sistema econômico a manutenção de empresas inviáveis, não existe razão para que o Estado, através do Poder Judiciário, trabalhe nesse sentido, deferindo o processamento de recuperações judiciais para empresas evidentemente inviáveis.

E mais.

O sistema de recuperação judicial brasileiro parte do princípio de que deverá haver necessariamente uma divisão de ônus entre devedor e credores, tendo como contrapartida o valor social do trabalho e

“As influências que atuaram na formação da legislação brasileira impõem que a recuperação judicial deve partir do pressuposto da divisão de ônus entre devedor e credores, não se prestando à tutela exclusiva dos direitos dos credores, nem tampouco à proteção integral dos interesses do devedor.”

todos os benefícios decorrentes da manutenção da atividade produtiva.

É nesse momento que ganha destaque o que convencionei chamar de PRINCÍPIO DA DIVISÃO EQUILIBRADA DE ÔNUS NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL.

A recuperação judicial deve ser boa para o devedor, que continuará produzindo para pagamento de seus credores, ainda que em termos renegociados e compatíveis com sua situação econômica. Mas também deverá ser boa para os credores, que receberão os seus créditos, ainda que em novos termos e com a possibilidade de eliminação desse prejuízo no médio ou longo prazo, considerando que a recuperanda continuará a negociar com seus fornecedores. Entretanto, não se pode perder de vista que tudo isso se faz em função do atingimento do benefício social e, portanto, só faz sentido se for bom para o interesse social.

O ônus suportado pelos credores em razão da recuperação judicial só se justifica se o desenvolvimento da empresa gerar os benefícios sociais reflexos que são decorrentes do efetivo exercício dessa atividade.

Empresas que, em recuperação judicial, não gerariam empregos, rendas, tributos, nem faria circular riquezas, serviços e produtos, não cumprem a sua função social e, portanto, não se justifica mantê-las em funcionamento nesses termos, carregando-se todo o ônus do procedimento aos credores, sem qualquer contrapartida social.

Quem paga a conta da manutenção em funcionamento de empresas inviáveis é a sociedade em geral, na medida em que todos ficarão sem produtos e serviços adequados, o espaço no mercado continuará sendo ocupado por empresa que não cumpre sua função social e os credores da recuperanda, que absorveram o prejuízo decorrente do processo de recuperação judicial, certamente vão socializar esse prejuízo, repassando-o para o preço de seus respectivos produtos e serviços e esse aumento acabará sendo absorvido, sem possibilidade de repasse, pelo consumidor final. O resultado será, então, a existência de produtos e serviços sem qualidade, pela empresa em recuperação, e produtos e serviços mais caros, em relação às demais empresas que negociaram com a devedora.

3 – Os fundamentos da recuperação judicial: divisão equilibrada de ônus entre devedor e credores; e os benefícios sociais reflexos da atividade empresarial.

Conforme já afirmado, as influências que atuaram na formação da legislação brasileira impõem que a recuperação judicial deve partir do pressuposto da divisão de ônus entre devedor e credores, não se prestando à tutela exclusiva dos direitos dos credores, nem tampouco à proteção integral dos interesses do devedor. A recuperação judicial, baseada nessa distribuição equilibrada de ônus, também só tem sentido em função da realização dos benefícios sociais e econômicos decorrentes da manutenção da atividade empresarial.

Os credores suportarão prejuízo, no curto e médio prazo, considerando que ficarão impedidos de realizar e/ou exigir seus créditos durante certo período de tempo (stay period) e a apresentação de um plano de recuperação judicial pode implicar, como normalmente ocorre, em dilação de prazos de pagamento das obrigações da empresa devedora e também na aplicação de deságio em suas obrigações, dentre outras medidas necessárias ao soerguimento da atividade empresarial.

Todavia, a empresa em recuperação (devedora) também deve suportar os seus ônus, atuando de maneira adequada, processual e empresarialmente, sempre com vistas ao atingimento das finalidades do instituto jurídico em questão.

Não admite que a empresa em recuperação coloque-

se na cômoda situação de carrear aos seus credores todo o ônus de sua recuperação, comportando-se de forma descompromissada do tipo “devo, não nego e pago quando e como puder”.

A empresa em recuperação deve assumir ônus de duas ordens: empresariais e processuais.

São ônus empresariais da empresa em recuperação: agir de maneira transparente e de boa-fé, manter os postos de trabalho, recolher tributos, produzir e fazer circular produtos e serviços e, enfim, preservar os benefícios econômicos e sociais que são buscados com a manutenção da atividade empresarial.

Não faz sentido, portanto, que uma empresa para qual foi deferido o processamento da recuperação judicial, experimentando toda a proteção legal do instituto (que será melhor analisada a frente) deixe de se desincumbir de seu ônus e demita funcionários injustificadamente ou encerre as atividades de produção e circulação de riquezas ou deixe de recolher tributos. É certo que não se proíbe a demissão de funcionários, desde que tal redução nos postos de trabalho tenha estreita correspondência com o projeto de sua recuperação, como nos casos em que uma das causas da crise é o inchaço da empresa e a sua recuperação deva passar por seu redimensionamento. Todavia, mesmo nesses casos, não é razoável nem aceitável que a empresa em recuperação deixe de providenciar todos os pagamentos impostos por lei para os casos de demissão ou rescisão dos contratos de trabalho.

A empresa em recuperação judicial, por receber toda a proteção legal e em função dos ônus suportados pelos credores, tem a obrigação de buscar a todo custo preservar os benefícios sociais e econômicos buscados pelo instituto. A distribuição equilibrada desses ônus entre credores e devedor é fundamento do instituto da recuperação judicial de empresas.

A empresa devedora tem de apresentar, ainda, um plano de recuperação que seja factível, tenha sentido econômico e seja razoável, dentro da lógica de divisão equilibrada de ônus.

Mas, além dos ônus empresariais, a empresa em recuperação judicial (ou cujo processamento da recuperação judicial já tenha sido deferido) tem também de se desincumbir de seus ônus processuais. Vale dizer, a devedora deve atender prontamente as determinações do juiz, do administrador judicial e deve, ainda, cumprir de maneira fiel os prazos legais.

A conduta processual da recuperanda deve ser alinhada com a finalidade do procedimento e, portanto, deve sempre ser pautada pela mais absoluta transparência e boa-fé, como decorrência lógica do princípio da divisão equilibrada de ônus.

E, diga-se de passagem, deve o administrador judicial fiscalizar de perto as condutas processuais e

empresariais da recuperanda para o bom exercício de sua função. É certo que o administrador judicial não vai assumir a administração da empresa, mas deve estar muito atento na fiscalização dos rumos empresariais assumidos pelos seus diretores, a fim de certificar-se de que os recursos auferidos pela devedora durante o período de proteção legal estejam sendo aplicados em atividades compatíveis com as finalidades do instituto. Da mesma forma, deve o administrador judicial fiscalizar de maneira muito próxima o cumprimento dos prazos pela recuperanda, bem como sua conduta processual, que também deve ser compatível com a finalidade do instituto.

Vale destacar que o descumprimento pela recuperanda de seus ônus processuais e empresariais poderão gerar a conversão da recuperação em falência. Muito embora tal situação não esteja prevista expressamente na lei, é evidente que o desaparecimento dos fundamentos do instituto, considerados como pressupostos do processo de recuperação judicial, devem implicar na falência da empresa cuja superação da crise, pela própria conduta da devedora, se mostra absolutamente improvável.

4 - Princípio da Superação do Dualismo Pendular aplicável à recuperação judicial de empresas.

A observação do que acontece nas reformas legislativas ao longo dos tempos releva a existência de um movimento pendular constante que oscila na proteção dos polos da relação de direito material. Trata-se do que Fábio Konder Comparato chamou de dualismo pendular na proteção do interesse dos credores ou dos devedores relativamente à legislação de insolvência.

Nesse sentido, observa-se que a lei ora protege mais o credor, ora mais o devedor; o consumidor e o fornecedor, o inquilino e o locador; e assim por diante. Esse fenômeno também é observado em relação ao intérprete. Assim, não só a lei toma partido na proteção de um dos polos da relação de direito material, mas também o intérprete busca aplicar a lei sempre em favor de um dos polos da relação de direito discutida no processo de solução de um caso concreto.

Entretanto, proponho a necessidade de superação desse dualismo pendular, deslocando-se o foco da interpretação para a busca da finalidade útil do instituto jurídico. A finalidade do instituto e o bom funcionamento do sistema jurídico devem prevalecer sobre a proteção do interesse de um dos polos da relação de direito material.

Assim, numa relação de crédito e débito, o foco da interpretação deve estar no atingimento da eficiência no sistema de cobrança, muito mais do que na proteção de credor ou devedor. Isso porque,

por exemplo, se a lei cria proteções ao devedor, de modo a tornar intransponível a realização do crédito, o sistema perde eficácia e, nessa condição, deixará de ser utilizado pelos credores, que buscarão a realização de seu crédito através de sistemas alternativos, muitas vezes ilegítimos. E, se a idéia da lei ou do intérprete era proteger a dignidade do devedor, a implosão da eficácia do sistema vai, em última análise, prejudicar justamente o devedor, vez que num sistema ilegítimo (como a cobrança particular através de cobradores privados) o devedor não terá qualquer proteção.

Diante de uma situação real, é possível que o intérprete encontre diversas soluções, todas elas tecnicamente sustentáveis e de acordo com o sistema legal na qual se insere. Pode-se interpretar a lei em favor do credor ou em favor do devedor. Entretanto, qual deve ser a interpretação correta? Será aquela que prestigia a finalidade do sistema, em eficiência plena.

Por isso é que sustento a necessidade de superação do dualismo pendular. A preservação da eficiência do sistema deve ser o limite ao exercício da interpretação da lei.

Esse raciocínio se aplica totalmente à recuperação de empresas. Muito embora se observe que o pêndulo legal oscilou entre credor e devedor durante a evolução do instituto, deve-se reconhecer que, nesse momento, esse pêndulo deve ser deslocado das partes para a realização eficaz da finalidade do próprio instituto.

Assim, a interpretação correta, quando se trata de recuperação de empresas, será sempre aquela que prestigiar a recuperação da atividade empresarial em função dos benefícios sociais relevantes que dela resultam. Deve-se buscar sempre a realização do emprego, do recolhimento de tributos, do aquecimento da atividade econômica, da renda, do salário, da circulação de bens e riquezas, mesmo que isso se dê em prejuízo do interesse imediato da própria devedora ou dos credores.

Como já visto acima, os credores e a empresa devedora devem assumir os ônus para que prevaleça a finalidade maior da lei que vem a ser a consecução de todos os benefícios sociais relevantes já mencionados.

É fácil notar que se nossos Tribunais aplicarem a lei para prestigiar o interesse de alguns setores econômicos ou de classes de credores ou mesmo da própria devedora, correrão o risco de ferir de morte o instituto da recuperação judicial de empresas.

Nesse diapasão, é importante observar que a recuperação da empresa devedora não é princípio absoluto e somente deve ser feita em função dos benefícios sociais relevantes que serão produzidos em razão da preservação e recuperação da atividade produtiva.

Supera-se, assim, o dualismo pendular em busca da preservação do sistema legal.

